

CONSIDERACIONES FINALES

La exposición de las fuentes del Derecho desarrollada hasta ahora, deja de lado las posibles dudas que pudieran aún subsistir sobre la oportunidad de tratar separadamente los dos sistemas, el del *common law* y el del *civil law*.

Por otra parte, las finalidades predominantemente divulgativas y didácticas de este volumen no habrían permitido abandonar la demarcación clásica, para involucrarse en el terre-

⁽²²²⁾ Cfr. Pegoraro, L.: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998, págs. 86 y sgts.

⁽²²³⁾ Cfr. Crisafulli, V.: *Lezioni di diritto costituzionale*, cit.

no de los principios y los institutos jurídicos, que la doctrina ha individualizado como puntos de interconexión entre los dos sistemas que se mencionan.

Nos referimos a ese complejo de conceptos y formas de pensar el Derecho, de principios jurídicos generales y de institutos en sentido estricto, que según la experiencia de los distintos ordenamientos presentan, de hecho, el significado sustancial de la separación entre *common law* y *civil law*.

Sin embargo, teniendo en cuenta la necesidad lógico-sistemática de mantener diferenciadas las dos familias jurídicas, debe resaltarse la existencia de algunos elementos que permiten vislumbrar un posible punto de encuentro entre ambas.

Con tal propósito, se pueden mencionar aquellos ordenamientos donde las características de los dos sistemas han podido coexistir y combinarse hasta el punto de dar lugar a fenómenos híbridos respecto de los modelos de origen (es el caso, como se señaló en el capítulo I, § 7, de Israel, Escocia, Québec y, más recientemente, Sudáfrica).

Siguiendo con el estilo y el espíritu del presente trabajo, con el único propósito de ofrecer algunas reflexiones adicionales a lo hasta ahora expuesto y sin ninguna pretensión de profundizar en la investigación, puede ser de gran utilidad recordar algunos puntos de distinción, sobre los cuales la doctrina comparada se ha centrado con especial interés.

En primer lugar, desde un punto de vista semántico, se discuten cuestiones relativas al significado de ciertas palabras clave en cada uno de los sistemas.

Limitándonos a lo fundamental, basta considerar que, en los sistemas del *common law*, la palabra *law* puede ser utilizada bien para indicar un sistema completo de normas jurídicas (al cual los *civil lawyers* se referirían con expresiones tales como "*il diritto*", "*das Recht*", "*le droit*", "*el Derecho*"); bien para señalar un acto es-

pecífico fruto del legislador (aquel que el jurista continental llamaría "*legge*", "*Gesetz*", "*loi*" o "*ley*").

Al mismo tiempo, pero con un sentido diferente, el *civil lawyer* utiliza los términos "*il diritto*", "*das Recht*", "*le droit*", "*el Derecho*" para señalar indistintamente dos fenómenos jurídicos; mientras que, en el lenguaje del *common lawyer*, se manejan dos expresiones diferentes: "*law*" como Derecho objetivo y "*right*" como derecho subjetivo o individual ⁽²²⁴⁾.

En segundo lugar, el iuspublicista europeo-continental tiende a ver, en general con cierta "incertidumbre", la falta de una Constitución escrita como arquetipo de los sistemas del *common law* (como ocurre en el caso británico; circunstancia que, entre otras cosas, distingue este último de los otros ordenamientos pertenecientes a la misma familia jurídica).

La falta de una ley fundamental escrita en Gran Bretaña se evidencia principalmente por la carencia de rigidez constitucional y por la omnipotencia del Parlamento de Westminster. No hay, por consiguiente, norma que no pueda ser derogada o modificada por el Parlamento con las mismas formalidades y mayorías requeridas para cada acto legislativo. Por lo cual, el derecho de *habeas corpus* o el *trial by jury*, de cuya relevancia constitucional no cabe duda, al menos en teoría, podrían ser suspendidas por la "soberanía" parlamentaria.

Coherentemente con esta manera de pensar, ningún juez tiene poder para dejar de aplicar una ley por que resulte incompatible con los principios constitucionales o con los del *common law*, como sostenía Sir Edward Coke a principios del siglo XVII en el bien conocido *Bonham's Case*. Una hipótesis de este género resul-

⁽²²⁴⁾ Sobre este punto véase Van Caenegem, R.C.: *I signori del diritto*, cit., págs. 8 y sgts.; De Visscher, P.: *La Constitution anglaise et le régime de la loi*, Bruxelles, 1946; Cohen-Tanugi, L.: *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, 1985, págs. 24 y sgts.

taría inaceptable por que se consideraría una usurpación de las funciones legislativas por parte de la judicatura ⁽²²⁵⁾.

Con esta misma lógica, resultaría extraña la posibilidad de que un Parlamento, en el ejercicio de su función legislativa, pudiera maniar a un Parlamento futuro o estar sujeto por los dictados de un Parlamento precedente.

El tercer punto que se pone de manifiesto en relación con la diferencia entre *common law* y *civil law* es la ausencia (o la limitada presencia) de codificación en los países de *common law*; o, por lo menos, en los sistemas que han asumido el papel de prototipos del *common law* —a veces escogiendo caminos divergentes—, como son Gran Bretaña y los Estados Unidos.

No parece esencial ahora enumerar un número ilimitado de textos para comprender que la ausencia de codificación en Inglaterra no constituye la señal de una indiferencia sustancial por la misma. Al contrario, la historia de este ordenamiento está plagado de esfuerzos e iniciativas tendentes a la introducción de códigos. Es suficiente recordar las instancias de los revolucionarios de Cromwell en el siglo XVII y los trabajos de la Comisión Hale; el ataque contra el *common law* en el siglo XVIII por parte de Jeremy Bentham, dirigido a favorecer la introducción de códigos en Gran Bretaña; el proyecto de Código penal elaborado por Sir James Fitz-James Stephen en 1878, que, aunque irregularmente apreciado, no fue admitido en sede legislativa; el proyecto de ley en materia de procedimiento penal, anticipado en el *Attorney General* en 1883 y rechazado en sede de comisión ⁽²²⁶⁾. A éstos, se si-

(225) La formalización de la doctrina de la «soberanía» parlamentaria se debe a la obra publicada en 1885 por Dicey, A.V.: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit.

(226) Cfr. para profundizar, Van Caenegem, *ob. cit.*, págs. 38 y sgts.; Farrar, J.H.: *Law Reform and the Law Commission*, London, 1974; Cross, R.: *Precedent in the English Law*, Oxford, 1977; Colaiaco, J.H.: *James Fitzjames Stephen and the Crisis of Victorian Thought*, London, 1983, págs. 200 y sgts.

guen otras tentativas en el segundo período de posguerra, sin conseguir ningún efecto productivo.

La oposición a las distintas iniciativas oficiales en favor de un proceso de codificación en Gran Bretaña se atribuye generalmente a los jueces. En la visión de éstos —se suele decir—, “un código habría destruido la flexibilidad e impedido el crecimiento del *common law*, disminuyendo el poder discrecional de los jueces” (227). Es muy probable que detrás de los jueces se encontrara un pensamiento común atribuible a fuerzas conservadoras bien arraigadas en el tejido social.

Se ha querido, por tanto, señalar tres áreas que se tienen normalmente como lugar y motivo de distinción entre los sistemas del *common law* y los sistemas del *civil law*. Áreas que todavía marcan una cesura entre los dos modelos y que no parecen participar en el proceso de interconexión que, sin lugar a dudas, la experiencia jurídica ha puesto en evidencia en otros aspectos.

Sin necesidad de referirnos a institutos jurídicos (como los del tipo del Derecho privado, que, sobre este punto, no conocen los límites trazados por las distintas clasificaciones de familias jurídicas), bastará entonces con señalar tres circunstancias que representan otros tantos puntos de encuentro entre los dos modelos (228).

De hecho, el papel que la ley ha venido asumiendo dentro de los sistemas del *common law* no es sino marginal, comparado con el Derecho de origen jurisprudencial, destinada solamente a introducir ajustes modestos a las decisiones de los jueces. El advenimiento del Estado social ha contribuido a diseñar inmensas áreas y sectores cuya disciplina debe buscarse principalmente en los actos legislativos.

(227) Van Caenegem, *ob. cit.*, pág. 45.

(228) Cfr. al respecto las notas de David, R; Jauffret-Spinosi, C.: *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, *cit.*, págs. 340 y sgts.

En segundo lugar, la regla del precedente —que no puede considerarse extraña a la experiencia jurisprudencial continental— ha ido perdiendo el carácter mecanicista en los sistemas del *common law*; que suponía, como consecuencia principal, la cristalización del sistema jurídico, incapaz de evolucionar en relación con los cambios sociales.

Respecto de lo que se ha mencionado acerca del papel de la ley en los sistemas del *common law*, los tribunales parecen hoy, cada vez más frecuentemente, llamados a utilizar el precedente a la luz de una lectura de la legislación cuidadosa con los propósitos y las intenciones del legislador; lo que constituye un modo de acercarse a la manera de proceder continental ⁽²²⁹⁾.

El tercer punto que queda por analizar se relaciona con el papel de la doctrina en los sistemas del *common law*, tradicionalmente situada en una posición de marginalidad absoluta. De hecho, se sabe de sobra que el *common law* inglés es el fruto del trabajo de los jueces reales y que la ciencia jurídica y sus estudiosos resultan completamente irrelevantes en su desarrollo a lo largo del tiempo ⁽²³⁰⁾; lo que está en contraposición con la importancia máxima que “el Derecho de los profesores” ha tenido en los ordenamientos continentales ⁽²³¹⁾.

Así, “tradicionalmente, desde la Edad Media, el jurista continental es un jurista que se forma en la universidad. La tradición

⁽²²⁹⁾ Cfr. Friedman, W.: *Legal Theory*, London, 1967; Stein, P.: *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, 1984, en especial las págs. 92 y sgts.; véase también Abel-Smith, B.; Stevens, R.: *Lawyers and the Courts. A sociological Study of the English Legal System 1750-1965*, London, 1967; Kiralfy, A.K.R.: *The English Legal System*, London, 1967. Ver también, en castellano, Cueto Rúa, J.: *El “Common law”. Su estructura normativa-su enseñanza*, Buenos Aires, 1957, págs. 333 y sgts.

⁽²³⁰⁾ Cfr. Turner, R.V.: *The English Judiciary in the Age of Glanvill and Bracton, 1176-1239*, Cambridge, 1985.

⁽²³¹⁾ Van Caenegem, *ob. cit.*, págs. 50 y sgts.

del *civil law* es una tradición *sabia*. Al contrario, también tradicionalmente –aun cuando no sea más cierto– [se ha sostenido que] el jurista del *common law* es un jurista que se forma fuera del circuito universitario” (232).

En efecto, esta cesura en la formación de los juristas resulta completamente actual. La doctrina, liberándose del formalismo rígido, ha visto crecer su papel en los sistemas del *common law*. Los juristas reciben cada vez más a menudo una preparación universitaria *sabia*, basada en el Derecho sustancial. La formación raramente se funda en el Derecho procesal y en sus repertorios para la práctica; así como tampoco es frecuente que los jueces citen la doctrina jurídica.

En conclusión, una evolución cultural e institucional diferente ha marcado la separación entre los dos modelos. Las historias del Derecho inglés y del Derecho continental de tradición romanista, contienen en sí mismas las razones para que exista tal dicotomía.

Cabe decir aun más y es que no puede omitirse el hecho de que los actuales países romanistas y los del *common law* se han formado históricamente siguiendo planteamientos comunes, con gran cantidad de puntos de contacto. Tal circunstancia ha hecho que las mismas tradiciones jurídicas –en origen diferentes– hayan terminado compartiendo un complejo de valores básicos, a partir de los cuales –y quizás gracias a los cuales– se han podido establecer puntos de conexión entre los dos modelos. Este hecho, por una parte, ofrece los argumentos y razones para la formación de tales fenómenos híbridos –a los que se ha hecho referencia– y que parecen caracterizar la experiencia jurídica contemporánea; mientras, por otro, ha permitido la coexistencia de sistemas pertenecientes a los dos vertientes dentro de

(232) Monateri, P.G.: *Il modello di civil law*, cit., pág. 2.

ordenamientos supranacionales (como en el caso de la Unión Europea, donde la integración económica y política implica ante todo una integración jurídica).

No anda desencaminado, entonces, quien encuentra una tradición jurídica occidental común, dentro de la cual las familias de la corriente romanista y las del *common law*, representan expresiones culturales peculiares de una misma matriz⁽²³³⁾.

⁽²³³⁾ Monateri, P.G., *ob. cit.*, pág. 4.